Die Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten der preußischen Gemeinden

---

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität

zu **Bonn**

von

Bernhard Russell

Leipzig 1929

Referent: Professor Dr. Carl Schmitt, Bonn,
jetzt in Berlin.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Mit Genehmigung der Fakultät kommt hier nur ein Teil der eingereichten Arbeit zum Abdruck.

Die Abhandlung ist gleichzeitig in „Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht“ Band 64, Heft 3/4 (Leipzig) erschienen.

Sonderdruck aus Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Band 64 Heft 3/4.

Die Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten der preußischen Gemeinden.[1]

Von Assessor Bernhard Russell in Koblenz am Rhein.

Wenn es auch in der Literatur des öffentlichen Rechtes nicht unbestritten gewesen ist, daß es innerhalb des Gesamtkreises der Gemeindeaufgaben die beiden besonderen Gruppen der Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten — oder, wie man früher sagte, der „eigenen" und der vom Staate „übertragenen" Angelegenheiten — gebe,[2] so sind aber doch auch früher schon von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller die beiden gesonderten Aufgabengruppen und ein rechtlicher Unterschied zwischen ihnen anerkannt worden. Da zudem seit mehreren Jahren die Praxis in Gesetz und Rechtsprechung diese Ausdrücke gebraucht,[3] kann hier darauf verzichtet werden, theoretisch nachzuweisen, daß es begrifflich und tatsächlich diese beiden Aufgabengruppen gibt und daß zwischen ihnen ein rechtlicher Unterschied besteht; es kann vielmehr unmittelbar sofort untersucht werden, worin dieser begriffliche und rechtliche Unterschied zwischen den beiden Kategorien besteht.

Um diesen Unterschied festzustellen, müssen zunächst die Be-

[1]) Die nachstehende Untersuchung ist von Bedeutung und Wert auch für das außerpreußische Recht. D. H.

[2] Preuß, Gemeinde, Staat usw. S. 228; Schoen, Recht der Komm.-Verb. S. 14; Loening S. 181.

[3] Art. 72 der preuß. Verf.; §§ 1, 68, 89 des Entw. zur neuen StädteO.; § 1 des preuß. AG. zum RJWG.

griffe der Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten genau festgelegt und miteinander verglichen werden; alsdann werden sich die wesentlichen unterschiedlichen Punkte zwischen ihnen ergeben.

„Selbstverwaltungsangelegenheit" ist eine Angelegenheit der Selbstverwaltung. Es gilt daher, zunächst den Begriff der Selbstverwaltung zu klären und den rechtlichen Charakter der Selbstverwaltungsangelegenheit festzustellen.

Die Selbstverwaltung steht im begrifflichen Gegensatze zur Staatsverwaltung.[4] Daraus folgt zunächst, daß als Subjekt der Selbstverwaltung Staat und Reich nicht in Betracht kommen können.[5]

Diese vom Staat verschiedenen Subjekte der Selbstverwaltung müssen, um überhaupt Subjekte einer Verwaltung mit eigenen Rechten und Pflichten sein zu können, Persönlichkeiten sein. Als solche kommen in Preußen in der Regel nur korporative Persönlichkeiten in Betracht, und zwar nicht nur Kommunen, wie Bornhak[6] es will, sondern auch Jagd-, Deich- und Fischereigenossenschaften, Zweckverbände und sonstige öffentlichrechtliche Körperschaften.[7]

Die Verwaltung, die diese öffentlichrechtlichen Körperschaften zu führen haben, unterscheidet sich durch ein Merkmal grundsätzlich von jeder Art Staatsverwaltung, nämlich durch ihre besondere Form, die dadurch gekennzeichnet ist, daß der Selbstverwaltungskörper für seine Verwaltungsführung selbst die Verantwortung trägt.[7a] In der Staatsverwaltung ist es selbstverständlich, daß die subordinierte Behörde den Anweisungen der ihr vorgesetzten — etwa ein Regierungspräsident den Anweisungen des Innenministers — zu folgen hat. In

---

[4] v. Stengel, Staatsrecht S. 239.
[5] A. A.: Preuß, Gemeinde, Staat usw. S. 227; Haenel Bd. I S. 332.
[6] Bd. 2 S. 111.
[7] Schoen S. 12; v. Stengel, Staatsr. S. 214; Org. S. 14.
[7a] Peters S. 35.

solchen Fällen kann natürlich nicht die zum Gehorsam verpflichtete Behörde die Verantwortung tragen für das, was sie tun mußte; diese fällt vielmehr dem anweisenden Organ zu. Im Gegensatz dazu ist der Selbstverwaltungskörper für die ihm eigene Verwaltungsführung selbst verantwortlich; in der Selbstverwaltung gibt es keine Anweisungen höherer Staatsbehörden, an die der Selbstverwaltungskörper gebunden wäre, und die seine Verantwortlichkeit für die Verwaltungsführung ausschlösse und sie der anweisenden Staatsbehörde auferlegte. In diesem Punkte liegt der grundlegende Unterschied zwischen der Selbstverwaltung und jeder Art Staatsverwaltung.

Mit dem Worte Selbstverwaltung ist auch gesagt, daß es sich um Verwaltung handeln muß. Daher scheiden die Rechtsetzung und die Rechtsprechung aus dem Gebiete der Selbstverwaltung aus.[8] Zwar können auch auf diesen Gebieten den Selbstverwaltungskörpern Befugnisse zustehen, wie etwa die Gemeinden das Recht zur Rechtsetzung in der Gestalt der Autonomie haben; ihre Betätigung auf diesen Gebieten ist aber eben keine Selbstverwaltung. Daraus, daß es sich um Verwaltung handelt, folgt auch, daß die Selbstverwaltung sich nur im Rahmen der Reichs- und Staatsgesetze halten kann. Wegen der Wichtigkeit dieser Abhängigkeit von den Reichs- und Staatsgesetzen ist dies, obwohl eigentlich in dem Worte „Selbstverwaltung" schon enthalten, doch noch ausdrücklich in der Definition hervorzuheben. Dagegen ist in eine Definition der Selbstverwaltung nicht die Feststellung aufzunehmen, ob die der Selbstverwaltung unterliegenden Aufgaben „eigene" der Selbstverwaltungskörper oder staatliche Angelegenheiten sind.

Sie sind zwar als „eigene" anzusehen; denn es ist unbestritten und auch unbestreitbar, daß die Gemeinden öffentlich-

[8] Seidel S. 21; v. Stengel, Org. S. 16; Peters S. 36.

rechtliche Korporationen sind. Indem der Staat nun diese öffentlichrechtlichen Korporationen schafft, entstehen eine Reihe von Aufgaben:[9] die Bestellung der Organe dieser Korporationen, die Verwaltung ihres Vermögens und die sonstige Tätigkeit, die zur Erhaltung ihrer Persönlichkeit und ihrer Existenz notwendig sind. Denn eine selbständige Körperschaft, wie es die Gemeinde unbestritten ist, ohne ein eigenes Vermögen, ohne eigene Organe wäre ein Unding. Diese Aufgaben — Gruppe a —, die mit der Existenz und der Persönlichkeit der Gemeinde notwendig zusammenhängen, sind daher insofern als „eigene" der Selbstverwaltungskörper zu bezeichnen, als sie sich aus ihrer Existenz und ihrer Natur als öffentlichrechtlicher Körperschaften unmittelbar und notwendig ergeben.

Nun wird aber kein Selbstverwaltungskörper geschaffen, um nur die Aufgaben zu erfüllen, die mit seiner Existenz zusammenhängen und zur Erhaltung seiner korporativen Natur erforderlich sind. Ein Selbstverwaltungskörper wird vielmehr geschaffen, um gewisse Aufgaben zu erledigen, die der Staat ihm zuweist. Diese Aufgaben müßte der Staat selbst erfüllen, wenn die Selbstverwaltungskörper nicht für ihre Erfüllung sorgten; sie könnten daher in diesem Sinne mit Schoen als staatliche — also nicht „eigene" der Gemeinden — angesehen werden. Tatsächlich ist die Lage aber die, daß der Staat sich ihrer entäußert und sie den Selbstverwaltungskörpern überträgt, und zwar zur Verwaltung im eigenen Namen, als eigene überträgt. Diese Angelegenheiten — Gruppe b — sind deswegen auch mit Recht als eigene zu bezeichnen.

Zu diesen, bei jedem Selbstverwaltungskörper sich findenden „eigenen" Angelegenheiten kommt bei den Gemeinden noch eine dritte Gruppe von Angelegenheiten, für die sich die Bezeichnung „eigene" rechtfertigt. Die Gemeinde ist nicht wie

[9] O. Mayer, 2. Aufl. Bd. II S. 651; Peters S. 32.

die anderen Selbstverwaltungskörper auf die Aufgaben beschränkt, die ihr ausdrücklich zugewiesen sind; vielmehr ist sie in der Lage, jede, bisher noch von keiner andern Stelle verwaltete Angelegenheit an sich zu ziehen und zu erledigen, soweit dies innerhalb ihres Gebietes und mit ihren Kräften möglich ist.[10] Dieses Recht, das man mit dem Namen „Totalität des Gemeindewirkungskreises" zu bezeichnen pflegt, unterscheidet die Gemeinde begrifflich von allen anderen Selbstverwaltungskörpern, die immer nur zur Verwaltung einzelner bestimmter Aufgaben berufen sind.[11] Daß man diese Aufgaben, deren Erledigung die Gemeinde kraft eigener Entschließung übernimmt, nicht gut mehr als übertragene „staatliche" bezeichnen kann, liegt auf der Hand. Für diese dritte Gruppe — c — ist die Bezeichnung „eigene" nicht minder gerechtfertigt, als für die beiden ersten Gruppen.

Wenn somit die von der Selbstverwaltung zu erledigenden Aufgaben als „eigene" zu bezeichnen sind, so ist es doch nicht angängig, die Bezeichnung dieser Angelegenheiten als „eigene" in die Definition der Selbstverwaltung aufzunehmen:[12] Entweder sind sie „eigene" (Gruppe a), weil sie mit der Existenz und Natur der Selbstverwaltungskörper als öffentlichrechtlicher Korporationen notwendig zusammenhängen; sie brauchen nicht „eigene" genannt zu werden, wenn die Selbstverwaltungskörper schon als öffentlichrechtliche Korporationen gekennzeichnet werden; oder die eigenen Angelegenheiten sind solche (Gruppe b und c), die begrifflich sowohl vom Staate

[10] OVG. 2, 190; 12, 158; 19, 178; Oertel S. 72; Schulze Bd. 1 S. 447; Haenel S. 142; Schoen, Recht der Komm.-Verb. S. 13; Rosin, Souveränität usw. S. 292 zu Fußnote 8; E. v. Meier S. 643; Blodig S. 209; Gierke in Schmollers Jahrb. 1883 S. 1166; v. Stengel, Staatsrecht S. 294; Organ. S. 13/14; Luther S. 24; v. Stein, Handb. S. 79; Mulert Spalte 599; — a. A.: v. Brie, der diese Allseitigkeit des Aufgabenkreises nur dem Staat und Reich zuspricht (S. 13 ff.).

[11] O. Mayer Bd. II S. 635/37; Schoen, Recht der Komm.-Verb. S. 14 und Peters S. 55.

[12] Peters S. 32.

als auch von der Gemeinde verwaltet werden könnten, sind also solche, die nicht notwendig und begrifflich zur Selbstverwaltung gehören; sie können daher gleichfalls nicht in eine Begriffsbestimmung der Selbstverwaltung aufgenommen werden.

Faßt man die übrigen so gefundenen Merkmale der Selbstverwaltung zusammen, so ergibt sich für diese folgende Definition:

„Selbstverwaltung ist die im Rahmen der Reichs- und Staatsgesetze sich haltende Tätigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechtes — mit Ausnahme des Reiches und des Staates —, kraft deren diese unter eigener Verantwortung Verwaltungsaufgaben erfüllen." [12a]

Eine Selbstverwaltungs*angelegenheit* ist somit eine

„Angelegenheit, die von einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes — außer Staat und Reich — innerhalb der Reichs- und Staatsgesetze unter eigener Verantwortung verwaltet wird."

Die Definition der Selbstverwaltungsangelegenheit einer *Gemeinde* bedarf aber noch einer Ergänzung in zweierlei Hinsicht:

Es ist klar, daß der Staat allen Selbstverwaltungskörpern nur derartige Aufgaben überträgt, die sich ihrer Natur nach zu einer von unmittelbaren Staatsanweisungen freien Verwaltung durch die Selbstverwaltungskörper eignen. Da nun außer den Gemeinden alle Selbstverwaltungskörper nur vom Staate überwiesene Selbstverwaltungsangelegenheiten kennen, braucht in einer Definition für deren Selbstverwaltungsangelegenheiten nicht betont zu werden, daß diese sich ihrer Natur nach auch zur Selbstverwaltung eignen müssen. Anders bei der Gemeinde; sie ist, wie schon dargelegt, auf Grund der Totalität ihres Wirkungskreises berechtigt, von sich aus Aufgaben, die von keiner andern Stelle verwaltet werden, zu ergreifen und durchzuführen. Es liegt aber auf der Hand,

[12a] Ähnlich Peters S. 36.

daß eine Gemeinde nicht jede derartige Aufgabe ergreifen kann, sondern nur solche, die zu ihrem Gebiete, zu ihren Kräften und zu ihrem Verwaltungszweck in einem richtigen Verhältnisse stehen, die, mit anderen Worten, örtlichen (lokalen) Charakter tragen. Es wird zwar nicht immer leicht sein festzustellen, ob eine Angelegenheit lokalen oder staatlichen Charakter trägt, da jede örtliche Angelegenheit letzten Endes auch den Staat berührt; dennoch wird sich bei dem Größe- und Kräfteverhältnis, wie es in Preußen zwischen Staat und selbst der größten Gemeinde besteht, gewöhnlich feststellen lassen, daß hier der staatliche, dort der örtliche Charakter vorherrscht. Dieser örtliche Charakter der Selbstverwaltungsangelegenheit ist daher mit in die Definition aufzunehmen, da sonst eine Selbstverwaltungsangelegenheit auch jede über das örtliche Interesse weit hinausgehende, für den Staat noch so wichtige Angelegenheit wäre und von den Gemeinden unabhängig von Staatsanweisungen verwaltet werden könnte.

Da die Gemeinden, wie bereits ausgeführt, im Gegensatze zu den übrigen Selbstverwaltungskörpern nicht nur solche Selbstverwaltungsaufgaben kennen, die ihnen gesetzlich übertragen sind, sondern auch solche, die sie von sich aus freiwillig ergreifen, ist in die Definition der Gemeinde-Selbstverwaltungsangelegenheiten des weiteren auch diese Tatsache aufzunehmen. Eine Definition der Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden hätte also dahin zu lauten:

„Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden sind diejenigen von den Gemeinden im Rahmen der Reichs- und Staatsgesetze unter eigener Verantwortung zu verwaltenden örtlichen Aufgaben, die ihnen entweder gesetzlich obliegen, oder soweit sie keiner andern Stelle vorbehalten sind, von ihnen freiwillig übernommen sind."[13]

[13] Ähnlich Regierungsentwurf zur neuen StädteO. § 68 Satz 1.

Um nunmehr auch die Begriffsmerkmale und die Definition der Auftragsangelegenheiten festzustellen, soll von deren schon in der Städteordnung von 1808 enthaltenen Schulbeispiel, der Ortspolizei, ausgegangen werden und von da aus an Hand auch späterer Gesetze gezeigt werden, was das Charakteristikum der Auftragsangelegenheiten gegenüber den Selbstverwaltungsangelegenheiten ist. Daß die Ortspolizei nach positivem preußischem Recht eine Gemeindeangelegenheit, und zwar eine Auftragsangelegenheit und keine Selbstverwaltungsangelegenheit ist, kann heute als unbestritten hingestellt werden, um so mehr als auch der Entwurf zur neuen Städteordnung dies in seinem § 90 klar ausspricht.[14] Es kann somit unbedenklich von der Grundlage ausgegangen werden, daß die Verwaltung der Ortspolizei durch den Bürgermeister eine Auftragsangelegenheit ist. Sie kann daher als Ausgangspunkt genommen werden für die Feststellungen der Wesensmerkmale einer Auftragsangelegenheit.

Die Gesetze, die zum Zwecke der Feststellung dieser Wesensmerkmale untersucht werden sollen, sind die Städteordnung von 1808, das Polizeigesetz von 1850 und die augenblicklich vorliegenden Reformentwürfe, also die Gesetze, die etwa den Beginn, die Mitte und das wenigstens vorläufige Ende der Gemeinde- und Selbstverwaltungsgesetzgebung darstellen.

Nach dem § 166 der Städteordnung von 1808 steht der mit der Ortspolizei betraute Magistrat hinsichtlich dessen, was sich auf die Ortspolizei bezieht, den höheren Polizeibehörden genau so gegenüber, wie die besonderen staatlichen Ortspolizeibehörden. Da nun die höhere Polizeibehörde gegenüber diesen besonderen rein staatlichen Ortspolizeibehörden die Möglichkeit hat, deren Geschäftsführung durch unmittelbare bindende Anweisungen zu beeinflussen, so ergibt sich daraus zwangsläufig, daß in Polizeiangelegenheiten die höheren

[14] A. A. nur Schoen, Recht der Komm.-Verb. S. 14; Rosin Souveränität S. 294; Haenel Bd. II S. 137.

Polizeibehörden ein Anweisungsrecht gegenüber dem Magistrat haben, dem eine unbedingte Gehorsamspflicht des Magistrats entspricht.

Was hier noch durch Auslegung aus dem Gesetze herausgelesen werden muß, wird in der nächsten Etappe bereits klar vom Gesetze selbst gesagt: in § 1 Abs. 2 des Polizeigesetzes von 1850 heißt es unzweideutig, daß die städtischen Ortspolizeibehörden verpflichtet sind, die ihnen von den staatlichen Behörden in Polizeisachen erteilten Anweisungen zur Ausführung zu bringen.

Was bisher für die Ortspolizei gesagt wurde, spricht der Entwurf zur neuen preußischen Städteordnung in seinem § 89 für alle Auftragsangelegenheiten aus, wenn er diese als diejenigen Aufgaben des Reiches oder Staates definiert, die durch Gesetz der Gemeinde zur Ausführung „nach Anweisung" übertragen sind. Diese Bestimmung wird sich auch in dem endgültigen Gesetze finden, wie auch sonst im einzelnen die Fassung des § 89 lauten mag.

Aus diesen drei herausgegriffenen Bestimmungen geht hervor, daß heute wie vor 100 Jahren eines der Wesensmerkmale der Auftragsangelegenheiten darin liegt, daß die Gemeinden bei ihrer Verwaltung den Anweisungen der höheren Staatsbehörden Folge zu leisten verpflichtet sind. Das ist aber nicht dahin zu verstehen, als ob die Gemeinden einzelne Verwaltungsakte auf diesem Gebiete nur auf ausdrückliche Anweisung vornehmen dürften. Zur Vornahme dieser Handlungen sind sie vielmehr allgemein ermächtigt, nur ist der Staat in der Lage, durch bindende Anweisungen die Vornahme solcher Verwaltungsakte anzuordnen, zu untersagen oder die Art ihrer Ausführung zu bestimmen.

Ein weiteres Merkmal der Auftragsangelegenheiten liegt darin, daß sie den Gemeinden *übertragen* sein müssen. Das geht sowohl aus der früher üblichen Bezeichnung „übertragene Angelegenheiten" als auch aus dem neuen Ausdruck

„Auftragsangelegenheiten" hervor. Aufgaben, die die Gemeinden von sich aus ergreifen, können keine übertragenen, mangels staatlichen Auftrags keine Auftragsangelegenheiten sein. Diese Übertragung kann allerdings auch in der Weise erfolgen, daß eine Aufgabe, die die Gemeinden ursprünglich von sich aus freiwillig ergriffen haben, später zur Auftragsangelegenheit erklärt wird. Es ist möglich, daß dabei die Verpflichtung der Gemeinden zur Erledigung dieser Aufgabe nicht noch einmal besonders ausgesprochen wird, da dies als selbstverständlich angesehen wird, und die nötigen Einrichtungen bei den Gemeinden bereits bestehen. Auch ein solches Gesetz, das eine bisher von den Gemeinden freiwillig übernommene Angelegenheit als „Staatsaufgabe" erklärt, ohne eine Verpflichtung der Gemeinden zur Erledigung dieser Aufgaben besonders auszusprechen, enthält eine solche „Übertragung".[15] Nur eine Gemeindeaufgabe, über die überhaupt keine gesetzliche Regelung besteht, kann mangels Übertragung keine Auftragsangelegenheit sein.

Diese Übertragung muß ausgehen von einer Stelle, die den Gemeinden übergeordnet ist, d. h. von Reich oder Staat, dagegen nicht etwa von Kreis und Provinz, denen die Gemeinden wohl eingegliedert, aber nicht untergeordnet sind. Nur eine Stelle, der die Gemeinde untergeordnet ist, ist in der Lage, die Gemeinde zu verpflichten, die Verwaltung einer Angelegenheit zu übernehmen und nach ihren Anweisungen auszuführen.[16]

Zur Festlegung des Begriffes der Auftragsangelegenheiten ist ferner erforderlich festzustellen, wem diese übertragen werden können: nur den Gemeinden als solchen, nur einzelnen Gemeindeorganen, oder beiden?

---

[15] Vgl. die preuß. Flaggennotverordnung vom 8. Aug. 1927.

[16] § 89 des Entw. der neuen StädteO. bezeichnet als Auftragsangelegenheiten auch ausdrücklich die „von Reich und Staat" übertragenen Aufgaben.

Daß die den einzelnen Gemeindeorganen übertragenen Angelegenheiten auch Auftragsangelegenheiten sind, ergibt sich aus dem Beispiel der Ortspolizei, die ja dem Magistrat bzw. dem Bürgermeister übertragen ist und, wie oben bereits ausgeführt, unbedenklich als eine Auftragsangelegenheit anerkannt werden kann.

In der Literatur wird aber mehrfach die Ansicht vertreten, daß nur sie Auftragsangelegenheiten wären.[17] Diese Ansicht ist abzulehnen. Es gibt auch Auftragsangelegenheiten, die der Gemeinde als solcher, nicht einem einzelnen Gemeindeorgan übertragen sind. So sieht z. B. Art. 72 der preuß. Verfassung ausdrücklich derartige Auftragsangelegenheiten vor, wenn er bestimmt:[18] „Die Provinzen ... verwalten durch ihre ... Organe ... die ihnen übertragenen Auftragsangelegenheiten." Die Subjekte dieser Angelegenheiten sollen also die Provinzen sein; ihnen werden die Angelegenheiten übertragen, die sie alsdann durch ihre Organe verwalten. Als ein praktisches Beispiel sei nur die Fürsorgeerziehung genannt, die nur durch § 1 des preuß. Ausführungsgesetzes den Gemeinden als Auftragsangelegenheit überwiesen ist. Auch § 89 des Entwurfes zur StädteO. kennt als Auftragsangelegenheiten solche, die den Gemeinden als solchen zugewiesen worden sind.

Dieser Stand der Gesetzgebung und die beiden Beispiele der Ortspolizei und der Fürsorgeerziehung mögen genügen, um zu zeigen, daß es begrifflich beide Arten von Auftragsangelegenheiten gibt und daß sie tatsächlich auch heute beide vorkommen, so daß in einer Begriffsbestimmung der Auftragsangelegenheiten auch beide zu nennen sind. Festzustellen ist aber auf alle Fälle, daß eine Auftragsangelegenheit nur

---

[17] v. Brater, Staatswörterbuch S. 131; v. Stengel, Staatsrecht S. 303; Bornhak Bd. II S. 111.

[18] Ob er für die Provinzen ausschließlich Auftragsangelegenheiten dieser Art kennt, ist an dieser Stelle nicht zu prüfen.

einer Gemeinde oder einem Gemeindeorgan übertragen werden kann. Solange ein Organ kein Gemeindeorgan ist, kommt es für die Verwaltung einer Auftragsangelegenheit nicht in Betracht. Das ist von Wichtigkeit bei der Stellung des Landrates.

Nach § 76 der Kreisordnung von 1872, der die übrigen Kreisordnungen nachgebildet sind, führt der Landrat als „Organ des Staates" die Geschäfte der allgemeinen Landesverwaltung im Kreise und leitet als Vorsitzender des Kreistages und Kreisausschusses die Kommunalverwaltung des Kreises. Da nun gerade bei der Verwaltung von Auftragsangelegenheiten der Ausdruck gebräuchlich ist, der Magistrat bzw. der Bürgermeister handele hier „als Organ des Staates", möchte man in der Bestimmung: „Der Landrat verwaltet als Organ des Staates . . ." die Umschreibung seiner Tätigkeit auf dem Gebiete der Auftragsangelegenheiten sehen, ebenso wie man vom Bürgermeister in diesen Fällen sagt, er handle als Organ des Staates. Dem ist aber nicht so: Magistrat und Bürgermeister sind von sich aus ursprünglich Kommunalorgane, der Landrat ist aber an sich reines Staatsorgan und wird erst Kommunalorgan durch seine Verbindung mit dem Kreistag und dem Kreisausschuß. Da die Auftragsangelegenheiten aber Gemeinde-, Kommunalangelegenheiten sind, kommt für ihre Verwaltung der Landrat nur in Betracht, wenn und wo er Kommunalorgan ist, also nur in Verbindung mit dem Kreisausschuß und dem Kreistag, als deren Vorsitzender. Ist er aber einmal Kommunalorgan, dann kann er, genau wie Magistrat und Bürgermeister, „als Staatsorgan" die Auftragsangelegenheiten verwalten.

Daß das die Auftragsangelegenheiten verwaltende Organ erst einmal Kommunalorgan sein muß, zeigt sich klar in dem Art. 72 der preuß. Verfassung, in dem es heißt: „Die Provinzen verwalten . . . durch ihre eigenen Organe . . . als Organe des Staates . . . die Auftragsangelegenheiten." Da-

nach sind also die die Auftragsangelegenheiten verwaltenden Organe die eigenen Organe der betreffenden Kommunen, müssen also Kommunalorgane sein.

Schließlich ist noch festzustellen, wie den Gemeinden Auftragsangelegenheiten übertragen werden können, ob nur durch Gesetz oder auch durch Verordnung.[19]

Wie sich aus dem Wortlaute des § 89 des Regierungsentwurfes ergibt, sollen in Zukunft Auftragsangelegenheiten den Gemeinden nur durch Gesetz, nicht auch durch Verordnung übertragen werden können; diese Bestimmung wird auch zweifellos Gesetz werden.

Aus der jetzigen gesetzlichen Regelung läßt sich nicht so ohne weiteres feststellen, ob den Gemeinden eine Auftragsangelegenheit nur durch Gesetz übertragen werden kann. Eine generelle Bestimmung, die dies festlegte, gibt es nicht. Nur in § 130 der Kreisordnung von 1872 ist die Rede von den „dem Kreisausschuß in diesem Gesetz übertragenen oder noch gesetzlich zu übertragenden Staatsangelegenheiten". Aus dieser Einzelbestimmung für die Kreise läßt sich eine Verallgemeinerung für die übrigen Gemeinden nicht herleiten. Es müßte daher aus der allgemeinen rechtlichen Stellung der Gemeinde zum Staat ein derartiges Prinzip sich ableiten lassen.

In allen Gemeindeverfassungsgesetzen werden die Gemeinden als öffentlichrechtliche Korporationen mit dem Rechte der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten bezeichnet. Damit sind sie dem Staate gegenüber als selbständige Persönlichkeiten gekennzeichnet, die, wie alle anderen Persönlichkeiten, auch in ihrer Selbständigkeit und Freiheit nur auf Grund eines Gesetzes beeinträchtigt werden dürfen. Eine solche Beeinträchtigung liegt aber in der Verpflichtung zur Ausführung

[19] Daß dabei die Rechtsverordnungen einem Gesetze gleichzuachten sind, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung. Vgl. die preuß. Flaggennotverordnung vom 8. Aug. 1927.

einer Auftragsangelegenheit; diese bedarf daher auch eines Rechtstitels, eines Gesetzes. Es läßt sich also m. E. aus der gesetzlich festgelegten Stellung der Gemeinde zum Staate das Prinzip ableiten, daß auch heute den Gemeinden eine Auftragsangelegenheit nur durch Gesetz übertragen werden kann, wie ich denn auch keine Auftragsangelegenheit habe finden können, die den Gemeinden durch eine (Verwaltungs-) Verordnung übertragen wäre.

Da die Auftragsangelegenheiten den Gemeinden vom Staate übertragen werden, müssen diese ihrer Natur nach staatliche sein, staatlichen Charakter tragen, d. h. eine über die örtliche Gemeinschaft hinausragende Bedeutung haben.

Als Wesensmerkmale der Auftragsangelegenheiten haben sich also herausgestellt:

a) eine Verwaltung nach Anweisung von seiten der Staatsbehörden;
b) eine Übertragung von Reich oder Staat,
c) eine Übertragung an die Gemeinden als solche oder an einzelne Gemeindeorgane,
d) eine Übertragung durch Gesetz,
e) der staatliche Charakter.

Eine Definition der Auftragsangelegenheiten hätte daher zu lauten:

„Auftragsangelegenheiten der Gemeinden sind diejenigen staatlichen Aufgaben, die den Gemeinden oder Gemeindeorganen vom Staate oder Reiche durch Gesetz zur Ausführung nach Anweisung übertragen sind."

Vergleicht man die so gefundenen Definitionen der Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten, so ergeben sich als Unterschiede:

a) der örtliche Charakter der Selbstverwaltungsangelegenheiten und der staatliche der Auftragsangelegenheiten,
b) die Verwaltung unter eigener Verantwortung bei den

Selbstverwaltungs-, und die nach Anweisung bei den Auftragsangelegenheiten.

Bedenkt man, daß der Charakter einer Angelegenheit — ob örtlich oder staatlich — zweifelhaft sein kann, so bleibt als der prägnante Unterschied zwischen den Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten übrig, daß die Gemeinden die ersteren „unter eigener Verantwortung", die letzteren „nach Anweisung" verwalten.

Worin die Bedeutung dieses Unterschiedes liegt und wie dieser sich im einzelnen auswirkt, soll im nächsten Abschnitte dargelegt werden.

Als das wesentlichste Merkmal der Selbstverwaltung und damit der Selbstverwaltungsangelegenheiten hatte sich die „eigene Verantwortung" der Selbstverwaltungskörper herausgestellt. Diese Verantwortung ist nun aber ausgeschlossen, wo die Gemeinde verpflichtet ist, den Anweisungen der höheren Staatsbehörden zu folgen. Eine Gemeinde kann unmöglich die Verantwortung für das tragen, was sie auf Anordnung einer höheren Behörde einfach tun muß. Die Verantwortung trägt in diesen Fällen notwendig die anweisende Behörde.[20] Da nun aber die Gemeinden hinsichtlich der Auftragsangelegenheiten den Anweisungen der Staatsbehörden zu folgen verpflichtet sind, ergibt sich, daß die Betätigung der Gemeinden auf dem Gebiete der Auftragsangelegenheiten niemals Selbstverwaltung sein kann.[21] Daraus aber, daß die Ver-

[20] Vgl. § 88 letzter Satz des Entw. zur StädteO.

[21] Heute, wo die Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten begrifflich als Gegensätze gegenübergestellt werden, bedeutet diese Feststellung eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Früher aber, als man die „eigenen" und die „übertragenen" Angelegenheiten gegenüberstellte, ergab sich nicht gleich auf den ersten Blick der Widerspruch, der in den Worten: „Selbstverwaltung im übertragenen Wirkungskreis" liegt. Noch Haenel (Bd. II S. 137) bezeichnet ausdrücklich die Tätigkeit der Gemeinden im übertragenen Wirkungskreis als Selbstverwaltung, während Blodig (S. 38), wohl als erster, ausdrücklich gegen diese Bezeichnung Stellung nimmt.

waltung der Auftragsangelegenheiten keine Selbstverwaltung ist, ergeben sich die weiteren Unterschiede zwischen ihnen und den Selbstverwaltungsangelegenheiten. Alle die gesetzlichen Bestimmungen, die nur für die Selbstverwaltung gelten, finden bei den Auftragsangelegenheiten keine Anwendung. Das soll des Näheren ausgeführt werden.

a) Die Beschlußfassung über Selbstverwaltungsangelegenheiten steht grundsätzlich der Stadtverordnetenversammlung zu.[22] Auf dem Gebiete der Auftragsangelegenheiten steht der Stadtverordnetenversammlung dieses Beschlußrecht nicht zu.

Dieser Satz widerspricht anscheinend der Wirklichkeit und der Praxis. Beschließt die Stadtverordnetenversammlung nicht über die Polizeikosten, beschließt sie nicht über die Unterbringung, die Zahl der Polizeibeamten, über die Lage und den Zustand der Polizeibüroräume?

Zur Lösung dieser Schwierigkeit ist Folgendes zu beachten: Jede Auftragsangelegenheit bringt als Nebenerscheinung eine Selbstverwaltungsangelegenheit mit sich, nämlich die Bereitstellung von Vermögen, die Aufbringung der erforderlichen Kosten, die Anstellung von Beamten, Bau oder Miete der erforderlichen Büroräume, Beschaffung des notwendigen Materials. Die Erledigung dieser Aufgaben war immer schon eine Selbstverwaltungsangelegenheit, deren Verwaltung durch Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung geregelt wurde,[23] so daß es nur die Kodifikation geltenden Rechtes bedeutet, wenn der § 90 Abs. II des Entwurfes zur Städteordnung dies ausdrücklich ausspricht.

Soweit also im Zusammenhange mit Auftragsangelegenheiten Beschlüsse der Stadtverordnetenversammlung vorkommen, ergehen diese auf dem der Selbstverwaltung unterliegen-

---

[22] Sie kann auch bei solchen Selbstverwaltungsangelegenheiten, die eine bewegliche rasche Beschlußfassung erfordern, besonderen Verwaltungsausschüssen übertragen werden.

[23] OVG. 20, 68.

den Gebiete der Vermögensbereitstellung, die durch die Verwaltung der Auftragsangelegenheit erforderlich wird.

b) Der Gemeindevorstand, etwa der Bürgermeister, ist der Gemeindevertretung verantwortlich für die Art und Weise, wie die Selbstverwaltungsangelegenheiten ausgeführt werden. Hier kann der Bürgermeister stets von der Stadtverordnetenversammlung zur Rechenschaft gezogen werden. Anders bei den Auftragsangelegenheiten. Wegen deren Verwaltung kann die Stadtverordnetenversammlung den Bürgermeister oder das sonstige ausführende Organ nicht zur Verantwortung ziehen. Verantwortlich ist hier das ausführende Organ nur der anweisenden Staatsbehörde.

c) Die wichtigsten Unterschiede zwischen den Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten liegen in der Art der Aufsicht, die dem Staat über die eine und die andere Kategorie von Aufgaben zusteht: auf dem Gebiete der Selbstverwaltungsangelegenheiten übt der Staat die „Staatsaufsicht", auf dem der Auftragsangelegenheiten die „Dienstaufsicht" aus.

Die Staatsaufsicht ist das Korrelat der Selbstverwaltung. Ihr Wesen besteht darin, daß der Staat dafür sorgt, daß die Verwaltung der Gemeinden mit dem Interesse des Staates in Einklang bleibt; er muß darauf achten, daß die Gemeinden einerseits die ihnen obliegenden Aufgaben erfüllen, andrerseits ihre Kompetenz nicht überschreiten.

Um den Zweck der Staatsaufsicht zu erreichen, stehen der Aufsichtsbehörde zunächst mehrere ausdrücklich aufgezählte Spezialmittel zur Verfügung: das Recht der Kenntnisnahme, die Genehmigung von bestimmten Gemeindebeschlüssen, die Beanstandung von Gemeindebeschlüssen, die Zwangsetatisierung, die Bestätigung der höheren Beamten, die Auflösung der Gemeindevertretung und die Einsetzung eines staatlichen Kommissars.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob die Staatsaufsicht auf

diese einzelnen aufgezählten Mittel beschränkt ist,[24] oder ob ihr noch eine Generalklausel zur Verfügung steht, kraft deren sie auch noch andere Maßnahmen ergreifen kann.[25]

Ich halte die letztere Ansicht für richtig. Wenn im § 7 ZustG. die Staatsaufsicht dem Regierungs- und dem Oberpräsidenten zugeteilt ist, so ist damit der Inhalt der Staatsaufsicht in keiner Weise umschrieben. Die Zuständigkeit für die genannten Spezialtitel der Aufsicht ist aber z. T. besonders geregelt, so daß der Zuständigkeit des § 7 ZustG. ein anderer, allgemeiner Inhalt zu Grunde liegen muß. Nur im § 115 der Provinzialordnung sind die Mittel der Staatsaufsicht über die Provinzen ausdrücklich auf die im Gesetze genannten beschränkt. Auch das ist m. E. ein argumentum e contrario dafür, daß bei der Staatsaufsicht über die anderen Gemeinden eine solche Beschränkung nicht Platz greift. Ich glaube daher mich der Ansicht des Oberverwaltungsgerichtes anschließen zu müssen, nach der die Aufsichtsbehörde auch andere als die in den Spezialtiteln genannten Maßnahmen ergreifen kann. Zu bemerken ist aber, daß diese allgemeinen Mittel grundsätzlich erst Platz greifen dürfen, wenn keins der Spezialmittel zur Anwendung kommen kann.

Die Dienstaufsicht ist die Aufsicht einer übergeordneten Behörde über eine ihr untergeordnete.[26] Ihr Wesen besteht darin, daß die übergeordnete Behörde dafür sorgt, daß die untergeordnete ihren — der übergeordneten Behörde — Willen ausführt bzw. ihm nicht entgegenhandelt.

Bei der Dienstaufsicht unterliegt es keinem Zweifel, daß die Aufsichtsbehörde in ihren Aufsichtsmaßnahmen unbeschränkt ist und auch in ihrer Anwendung an keinerlei Reihenfolge gebunden ist, wenn sie auch nach dem allgemeinen Grund-

[24] So Preuß, Amtsrecht S. 168; Schmieder im PrVerwBl. 25, 485.

[25] Schoen, Komm.-Verb. S. 437; Drews S. 360; Oertel S. 599; Friedrichs, VerwArch. S. 77; OVG. 25, 49; 35, 118; Peters S. 222.

[26] Triepel S. 147.

satze der „Verhältnismäßigkeit der Verwaltung" kein stärkeres Mittel anwenden wird, als zur Erreichung des verfolgten Zweckes erforderlich ist.

Wenn oben der Staatsaufsichtsbehörde neben den Spezialtiteln noch eine Generalklausel zugesprochen worden ist, so ist damit nicht gesagt, daß ihr nun alle Mittel wie bei der Dienstaufsicht zuständen. Vielmehr findet die Staatsaufsicht sowohl in ihren Mitteln als auch in der Art deren Handhabung ihre Grenze an dem Rechte der Selbstverwaltung, das dem beaufsichtigten Organe zusteht. Durch diese der Staatsaufsicht gezogene Grenze bilden sich eine Reihe besonders wichtiger Unterschiede zwischen der Staats- und der Dienstaufsicht aus, die sich in folgenden Punkten zeigen.

Bei der Handhabung der Staatsaufsicht ist die Aufsichtsbehörde an gewisse Maßnahmen der beaufsichtigten Gemeinde gebunden: sie muß die Ortsstatute, die Ortsgesetze der Gemeinden, als gesetzliche Schranke respektieren. Bei der Dienstaufsicht ist es undenkbar, daß das übergeordnete Organ irgendwelche Maßnahmen des untergeordneten als unübersteigliche Schranken respektieren müßte.

Die Akte der Staatsaufsicht unterliegen vielfach einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. So kann bei der Beanstandung die Gemeindevertretung Klage beim Bezirksausschuß erheben, gegen die Zwangsetatisierung eine solche beim Oberverwaltungsgerichte. Man neigt sogar dahin, den Gemeinden grundsätzlich eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren zu geben, wenn diese der Ansicht sind, daß durch die Aufsichtsverfügung ihr Recht der Selbstverwaltung verletzt werde. Eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist im Bereiche der Dienstaufsicht unmöglich, da hier der untergeordneten Behörde ein selbständiges Recht, das durch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle vor Beeinträchtigungen geschützt werden sollte oder könnte, gar nicht zusteht.

Das wichtigste Mittel der Dienstaufsicht ist das unmittel-

bare Anweisungsrecht der Aufsichtsbehörde, dem eine unbedingte Gehorsamspflicht des untergeordneten Organs gegenübersteht. Daß es dieses Mittel im Bereiche der Selbstverwaltungsangelegenheiten und damit der Staatsaufsicht nicht gibt, ist bereits als der wichtigste Unterschied zwischen den beiden Aufgabengruppen vorweggenommen, ist aber in diesem Zusammenhange noch einmal zu erwähnen.

Eine letzte für die Unterscheidung von Staats- und Dienstaufsicht wichtige Frage ist, ob die Aufsichtsbehörde mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nur einschreiten darf, um eine Unrechtmäßigkeit zu verhindern bzw. zu korrigieren, oder ob sie auch schon einschreiten darf, wenn sie einen Akt der Gemeinde für unzweckmäßig hält.[27] Bei dieser Frage sind von vornherein auszuscheiden diejenigen Spezialtitel, bei denen gerade die Prüfung von Zweckmäßigkeitsfragen im Vordergrunde steht, wie bei der Bestätigung der oberen Gemeindebeamten oder der Genehmigung von Gemeindebeschlüssen. In allen anderen Fällen ist aber eine Nachprüfung von Zweckmäßigkeitsfragen nicht möglich; denn es ist gerade der Sinn der Selbstverwaltung, daß die Gemeinde innerhalb der Gesetze sich frei bewegen und unter eigener Verantwortung handeln kann.[28] Daher hat die Gemeinde auch, solange sie nicht gegen ein Gesetz verstößt, einen Anspruch darauf, von staatlicher Bevormundung freizubleiben.

Damit sind die wesentlichen Unterschiede zwischen der Staats- und Dienstaufsicht, die gleichzeitig den rechtlichen Unterschied zwischen den Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten ausmachen, dargelegt.

---

[27] So Peters S. 229.

[28] v. Blume, Selbstverwaltung S. 21; Bornhak S. 115; Neuwiem S. 9; Fleiner, 7. Aufl. S. 117; Schoen, Verw.-Recht S. 256; Rosin, Recht der öffentl. Genossenschaft S. 104/105; Drews S. 64; OVG. 21, 428; Art. 183 der württembergischen Gemeindeordnung; an einer Stelle auch Peters S. 212 Zeile 14 u. 15 von oben.

Nunmehr ist zu untersuchen, woran im Einzelfalle zu erkennen ist, ob eine Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit vorliegt, ob eine Gemeindeangelegenheit der Staats- oder der Dienstaufsicht unterliegt.

Im Rahmen dieser Arbeit können nicht alle in der Literatur sich findenden Ansichten einzeln wiedergegeben werden; es soll hier vielmehr nur zu einer besonders wichtigen Ansicht Stellung genommen werden.

Diese vor allem zu behandelnde Ansicht ist die, die von v. Stüwe,[29] Brater,[30] Gierke,[31] Walz[32] und Neuwiem[33] vertreten wird, daß nämlich die „Natur der Sache" das maßgebende Kriterium für das Vorliegen einer Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit sei, d. h. daß jede Angelegenheit wegen der ihr innewohnenden lokalen oder staatlichen Natur notwendig in den einen oder andern Wirkungskreis gehöre, und daher nur diese Natur der Angelegenheit festzustellen sei, um gleichzeitig auch zu erkennen, daß hier eine Selbstverwaltungs-, dort eine Auftragsangelegenheit vorliege. Jede Angelegenheit lokaler Natur sei eine Selbstverwaltungsangelegenheit, eine der Gemeinde von Natur aus zukommende, eine „natürliche eigene" Angelegenheit der Gemeinde.

Bei der Untersuchung dieser Ansicht ist eine Gruppe von Angelegenheiten vorab auszuscheiden, nämlich diejenigen, die ich oben deshalb als eigene bezeichnet hatte, weil sie mit der Existenz der Gemeinde und ihrer Natur als öffentlichrechtlicher Korporation unmittelbar zusammenhängen. Da sie sich aus der Natur der Gemeinde als einer öffentlichrechtlichen Körperschaft notwendig ergeben, ließe sich für sie der Ausdruck rechtfertigen, daß sie der Gemeinde „von Natur aus,

[29] S. 160/161.
[30] S. 112.
[31] Gen.-Recht Bd. I S. 761 ff.
[32] Stengel-Fleischmanns Wörterbuch S. 39.
[33] S. 8/9.

der Natur nach" zukommen. Daß sie der Gemeinde als eigene, als Selbstverwaltungsangelegenheiten zukommen, wird auch von keiner Seite bestritten. Sie können daher aus der weiteren Betrachtung ausscheiden.

Ausscheiden müssen ferner die Angelegenheiten, die die Gemeinden von sich aus freiwillig ergreifen. Sie sind stets Selbstverwaltungsangelegenheiten, da sie Auftragsangelegenheiten mangels staatlichen Auftrages nicht sein können.

Der Streit beginnt erst, und die Bedeutung des Kriteriums der „Natur der Sache" zeigt sich erst bei den übrigen Angelegenheiten,[34] d. h. denen, die den Gemeinden durch Gesetz zugewiesen worden sind.

Bezüglich dieser Angelegenheiten liegt es allerdings nahe, sie dann als „eigene" (= Selbstverwaltungsangelegenheiten) der Gemeinden anzusehen, wenn sie lokaler Natur sind, sie dagegen als (vom Staate) „übertragene" Auftragsangelegenheiten zu bezeichnen, wenn sie staatlichen Charakter tragen. Darin aber ausschließlich und primär das entscheidende Kriterium zu sehen, scheitert zunächst schon daran, daß sich in manchen Fällen der Charakter einer Angelegenheit nicht klar als lokaler oder staatlicher feststellen läßt. So trägt die Vermögensverwaltung, die ich oben selbst zu den eigenen Angelegenheiten gerechnet hatte, zunächst lokalen Charakter, und doch ist auch der Staat stark daran interessiert, daß das Gemeindevermögen nicht verschleudert, sondern sachgemäß verwaltet wird; die Unterstützung erwerbsloser Gemeindemitglieder ist zunächst eine lokale Angelegenheit, heute zur Zeit starker Arbeitslosigkeit ist sie ein ausgesprochenes Staatsproblem; die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung innerhalb des Gemeindegebietes ist zunächst auch lokaler Natur, und doch ist auch der Staat in nicht geringem Maße an ihr interessiert. So gibt es kaum eine

[34] So auch Haenel S. 138.

Angelegenheit, die nicht irgendwie eine, wenn auch oft nur geringe Beimischung staatlichen Charakters trüge. Daher läßt sich in manchen Fällen kaum feststellen, welcher Natur die Angelegenheit ist. Aus ihr läßt sich daher auch nicht bestimmen, in welchen Wirkungskreis eine Angelegenheit gehört. So läßt sich wirklich nicht, wie Tezner[35] an einem kraß gewählten Beispiel zeigt, „auf dem Wege der Untersuchung über ein der Gemeinde ihrem Wesen und ihrer Natur nach zukommendes unverlierbares Urrecht bestimmen, welche Befugnisse einer österreichischen Gemeinde auf dem Gebiete der Sanitätspolizei im eigenen, und welche ihr im übertragenen Wirkungskreise zukommen".

Andrerseits ist aber auch nicht zu verkennen, daß sich in vielfachen Fällen zweifelsfrei feststellen läßt, daß hier der staatliche Charakter überwiegt.[36] Aber auch dann kann in der Natur der Sache noch nicht das primäre und endgültige Kriterium gesehen werden, da der Staat es immer noch in der Hand hat, auch entgegen dieser Natur der Sache die Angelegenheit in den einen oder andern Wirkungskreis zu verweisen. Wenn der Staat auch im allgemeinen der Natur der Sache nicht ohne weiteres Zwang antun wird, so ist doch diese Möglichkeit nicht außer Acht zu lassen, zumal die Natur der Sache sehr zweifelhaft sein kann. Läßt man diese Möglichkeit aber außer Acht, so kann es — wie bei v. Gierke und Roesler bezüglich der Ortspolizei — vorkommen, daß man eine Angelegenheit ihrer Natur wegen als „eigene" ansieht, während der Gesetzgeber sie gerade als „übertragene" behandelt.

Den gegenteiligen Standpunkt könnte man nur dann vertreten, wenn man den Gemeinden ein natürliches, unentziehbares Recht auf gewisse Angelegenheiten zuspräche, das selbst

---

[35] S. 204.
[36] Vgl. auch OVG. 59, 48.

einen gegenteiligen Ausspruch des Gesetzes nichtig und unwirksam machen würde.

Diese Ansicht wird vertreten vor allem von v. Gierke[37] und Preuß.[38] Sie ist aber abzulehnen. Sie könnte nur dann richtig sein, wenn die Gemeinden selbst natürliche originäre, nicht erst vom Staate geschaffene Gebilde wären, wie dies v. Gierke und Preuß auch behaupten. Ein Blick auf die Art und Weise, wie heute Gemeinden entstehen, zeigt aber, daß diese keineswegs natürlich, originär, entstehen, sondern vom Staate geschaffen werden. So sind alle preußischen Provinzen durch Gesetz entstanden, sind also keine natürlichen Gebilde. Ebenso ist das heutige Groß-Berlin kein originär entstandenes Gebilde, sondern durch Gesetz, also durch einen staatlichen Akt, geschaffen worden. Und wenn nunmehr die Gutsbezirke, die wegen ihrer Größe und ihrer geringen Bevölkerung bisher jeder natürlichen Gemeindebildung geradezu im Wege standen, beseitigt und zu neuen Gemeinden vereinigt werden, so ist das wiederum keine natürliche originäre Entstehung von Gemeinden, sondern eine mit Hilfe von Gesetzen vom Staate zwangsweise vorgenommene Gründung.

Bezüglich der alten historischen Gemeinden muß man allerdings zugeben,[39] daß sie bereits vor dem Staate bestanden haben, daher nicht von diesem geschaffen worden sein können. Aber daraus ist nicht zu schließen, daß die Gemeinden auch heute noch als Korporationen des öffentlichen Rechtes originäre Gebilde wären. Es entstand vielmehr der absolute Staat, der nur sich selbst als Träger irgendwelcher Hoheitsgewalt kannte, die Hoheitsgewalt der Gemeinden beseitigte, ihnen damit das wichtigste Merkmal einer selbständigen Korporation des öffentlichen Rechtes nahm und sie zu reinen Staatsverwaltungs-

[37] Gen.-Recht Bd. I S. 759.
[38] Gemeinde, Staat usw. S. 228.
[39] Loening S. 32.

bezirken herabdrückte.[40] Wenn daher die Gemeinden heute wieder Hoheitsgewalt haben, so muß sie ihnen von dem verliehen worden sein, der vorher alleiniger und ausschließlicher Besitzer von Hoheitsgewalt war, vom Staate. Wenn es somit in der Geschichte der alten Gemeinden auch Zeiten gegeben haben mag, in denen diese über eine originäre Hoheitsgewalt verfügten, so ist infolge des tatsächlichen Verlaufs der Entwicklung der heutige Zustand der, daß die alten Gemeinden ebenso wie die neuen nur eine übertragene Hoheitsgewalt haben.

Somit können auch die alten Gemeinden nicht als natürliche originäre Gebilde angesprochen werden, da sie eins ihrer wichtigsten Merkmale, die Hoheitsgewalt, nicht originär, sondern vom Staate her haben; sie können daher auch kein natürliches unentziehbares Urrecht auf gewisse Angelegenheiten haben, da es dem die Gemeinden erst schaffenden Staate freisteht, zu bestimmen, was Angelegenheit der Gemeinde ist, was nicht, was Selbstverwaltungs-, was Auftragsangelegenheit ist.[41]

Damit soll nicht verkannt werden, daß bei manchen Angelegenheiten der staatliche Charakter vorherrscht, bei anderen das gemeindliche Interesse unmittelbarer berührt wird als das staatliche, daß manche Angelegenheiten sich besser zur Verwaltung durch den Staat, andere wieder besser zur Verwaltung durch die Gemeinde eignen und daß diese Tatsache in Zweifelsfällen mit dazu beitragen kann zu klären, ob im

---

[40] Loening S. 32; G. Jellinek, System S. 287; Held S. 657; Halbey S. 2; Schulze S. 443; v. Gerber S. 59.

[41] Daß die mit der Existenz der Gemeinde zusammenhängenden Aufgaben immer „eigene" Angelegenheiten sind, ist bereits gesagt; aber auch sie sind keine „natürlichen eigenen" Angelegenheiten der Gemeinde im Sinne Gierkes und Preuß', daß nämlich auch die Gemeinden natürliche Gebilde seien. Diese sind vielmehr nur vom Staate geschaffen und haben nur als solche und nur kraft ihrer Ausgestaltung als öffentlichrechtliche Körperschaften durch den Staat diese Angelegenheiten als „eigene".

Einzelfall eine Angelegenheit in den einen oder andern Wirkungskreis gehört. Primär und in allen Fällen kann die Natur der Sache aber nicht für diese Frage entscheidend sein, teils weil die Natur der Sache zweifelhaft sein kann, teils weil der Staat eine Angelegenheit auch entgegen ihrer eigentlichen Natur in eine bestimmte Kategorie verweisen kann.

Der Ansicht, daß die Natur der Sache entscheidend sei, steht eine andere Gruppe von Schriftstellern[42] gegenüber, die nur die gesetzliche Regelung, die die betreffende Aufgabe erfahren hat, entscheidend sein lassen wollen. Da, wie oben gesagt, das Gesetz eine Angelegenheit auch entgegen der Natur der Sache in einen bestimmten Wirkungskreis verweisen kann, muß anerkannt werden, daß das Gesetz für die Frage, ob Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit, entscheidend ist, solange überhaupt aus dem Gesetz etwas über diese Frage zu entnehmen ist.

Das Gesetz kann in mehrfacher Weise zu erkennen geben, in welchen Aufgabenkreis die betreffende Angelegenheit gehören soll: die erste und einfachste Art ist die, daß das Gesetz die Angelegenheit mit Namen nennt und mit eindeutigen Worten erklärt: „Diese Angelegenheit verwalten die Gemeinden als Selbstverwaltungs- (bzw. Auftrags-) Angelegenheit." Damit ist die Frage völlig geklärt. Das Gesetz braucht dem Staate nicht mehr eigens ein Anweisungsrecht vorzubehalten, da dieses mit der Bezeichnung der Angelegenheit als Auftragsangelegenheit ohne weiteres gegeben ist, wie es ohne weiteres ausgeschlossen ist, wenn die betreffende Angelegenheit als Selbstverwaltungsangelegenheit bezeichnet wird.[43]

Aus einer Bestimmung dagegen, daß eine Angelegenheit Gemeindeangelegenheit sei, ist noch nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß hier eine Selbstverwaltungsangelegenheit vor-

---

[42] Vor allem Peters S. 193.

[43] Vgl. § 1 des preuß. AG. zum RJWG.; preuß. AusfVO. zur Fürsorgepflichtverordnung vom 17. April 1924.

liegt, da ja auch die Auftragsangelegenheiten Gemeindeangelegenheiten sind. Aus besonderen Umständen kann allerdings gelegentlich geschlossen werden, daß der Gesetzgeber mit dem Ausdrucke „Gemeindeangelegenheit" „Selbstverwaltungsangelegenheit" gemeint hat, z. B. wenn er der „Gemeindeangelegenheit" eine „durch die Gemeinde verwaltete Staatsangelegenheit" gegenüberstellt. Enthält aber das Gesetz solche besondere Umstände nicht, so kann aus dem Worte „Gemeindeangelegenheit" noch nichts auf den Charakter der Angelegenheit geschlossen werden. Fehlt in dem Gesetz eine klare Bezeichnung als Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit, so muß die weitere Untersuchung beginnen, ob der Gesetzgeber etwa durch andere Bestimmungen diese Angelegenheit als Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit charakterisiert hat.

Um das festzustellen, ist das Gesetz daraufhin durchzugehen, ob sich in ihm Bestimmungen finden, die charakteristisch und wesentlich für eine von beiden Aufgabengruppen sind. Dabei ist natürlich in erster Linie darauf zu achten, ob den staatlichen Behörden ein Anweisungsrecht gegeben ist. Ist das der Fall, so ist damit gesagt, daß die Angelegenheit eine Auftragsangelegenheit ist, da ein solches Anweisungsrecht eben nur bei Auftragsangelegenheiten bestehen kann. Einer weiteren Untersuchung des Gesetzes bedarf es in solchen Fällen nicht, wenn auch noch andere gesetzliche Bestimmungen oder andere aus der Art der gesetzlichen Regelung sich ergebenden Erscheinungen weitere Hinweise auf diesen Charakter der Angelegenheit bieten mögen oder nicht.

Wo das staatliche Anweisungsrecht nicht erwähnt ist, kann sich noch aus anderen symptomatischen Bestimmungen ergeben, daß der Gesetzgeber die Angelegenheit als eine Auftragsangelegenheit ansieht.[44] Eine ausdrückliche Erwähnung des An-

[44] A. A. Peters S. 195.

weisungsrechtes kann z. B. übersehen sein, weil man es als selbstverständlich bei einer derartigen Angelegenheit angesehen hat; oder es kann, zumal in den letzten Jahren, als die Gesetze mit Überstürzung gemacht wurden und vielfach auch gemacht werden mußten, der Ausdruck, durch den das Anweisungsrecht vorbehalten sein sollte, nicht klar und unzweideutig gewählt worden sein, oder es kann aus Kompromißrücksichten eine derartige ausdrückliche Hervorhebung des Anweisungsrechtes absichtlich unterblieben sein, um „die Klärung des Charakters der Angelegenheit der Praxis und Wissenschaft zu überlassen". Finden sich in solchen Fällen Gesetzbestimmungen, die eigentlich nur Auftragsangelegenheiten zukommen oder für diese besonders charakteristisch sind, so wird eben durch sie ausgesprochen, daß hier eine Auftragsangelegenheit vorliegt.

Derartige symptomatische Bestimmungen können vielfacher Art sein. Als erste sei hier die Übertragung an ein einzelnes Gemeindeorgan genannt. Angelegenheiten, die derartig übertragen sind, sind nie Selbstverwaltungsangelegenheiten, da das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinde als solcher nicht einem einzelnen Gemeindeorgan zusteht, daher eine nach diesem Rechte verwaltete Angelegenheit nur eine der Gemeinde als solcher, nicht eine einem einzelnen Gemeindeorgan überwiesene Aufgabe sein kann.[45]

Besonders wertvoll kann für die Fälle, in denen das Anweisungsrecht nicht ausdrücklich genannt ist, die sonstige Regelung der Aufsichtsmittel sein; fände sich z. B. die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle gegenüber den Aufsichtsakten, so würde das die Angelegenheit als eine Selbstverwaltungsangelegenheit kennzeichnen, da bei der Dienstaufsicht, wie sie bei den Auftragsangelegenheiten herrscht, eine solche verwaltungsgerichtliche Kontrolle ausgeschlossen ist.

[45] Vgl. OVG. 78, 71.

Wenn ferner die Gemeinden zu bestimmten Aufgaben schlechthin „angehalten" werden können,[46] so charakterisiert das die Angelegenheit als eine Auftragsangelegenheit, da es bei Selbstverwaltungsangelegenheiten ein derartiges unmittelbares „Anhalten" nicht geben kann. Ferner wird durch eine Bestimmung, daß die Aufsichtsbehörde an Stelle der Gemeinde für deren Rechnung die erforderlichen Anordnungen treffen könne, die betreffende Angelegenheit als eine Auftragsangelegenheit gekennzeichnet; ein solches Aufsichtsmittel ist bei einer Selbstverwaltungsangelegenheit undenkbar, da es jegliche „Selbst"-Verwaltung ausschließen würde. Ein weiterer gesetzlicher Hinweis auf den Charakter einer Aufgabe als einer Auftragsangelegenheit kann auch darin erblickt werden, daß diese in materieller und formeller Hinsicht an eine schon bestehende Auftragsangelegenheit angelehnt wird. Eine den Selbstverwaltungsangelegenheiten völlig fremde Regelung der Aufsicht ist auch die sog. „Fachaufsicht", wie sie sich z. B. als eine Reichsaufsicht über dem Arbeitsnachweiswesen aufbaut. Auch in solchen Fällen muß auf das Vorliegen einer Auftragsangelegenheit geschlossen werden. Wenn ferner das Reich oder der Staat zu den Kosten einer Angelegenheit angemessene Beihilfen zu leisten verspricht, so ist auch daraus zu entnehmen, daß der Staat und das Reich anerkennen, daß das, was hier den Gemeinden aufgebürdet wird, eigentlich diesen etwas Fremdes ist, und sie sich daher verpflichtet fühlen, den Gemeinden wenigstens einen Teil der Kosten zu ersetzen, während bei den Selbstverwaltungsangelegenheiten die Gemeinden grundsätzlich selbst für die Aufbringung der Mittel zu sorgen haben.

Es muß zugegeben werden, daß auch dann, wenn sich in einem Gesetze derartige Bestimmungen finden, es immer noch zweifelhaft sein kann, ob eine Auftragsangelegenheit vorliegt,

[46] Vgl. § 2 der VO. über die Erwerbslosenfürsorge.

während es andrerseits, eben weil diese Bestimmungen die Gemeindefreiheit so stark einschränken und für Selbstverwaltungsangelegenheiten fremd und eigenartig sind, es bedenklich erscheinen muß, die betreffende Angelegenheit noch als Selbstverwaltungsangelegenheit zu bezeichnen.

In solchen Fällen muß man m. E. einen Blick auf die Natur der Sache werfen. Ich hatte es oben selbst abgelehnt, die Natur der Sache als primäres, unbedingt entscheidendes Kriterium anzusehen, hatte aber gleichzeitig dazu bemerkt, daß man nicht übersehen dürfe, daß es Angelegenheiten gebe, bei denen der staatliche Charakter vorherrscht, daß es wiederum andere gebe, bei denen der örtliche Charakter vorherrscht, daß es Angelegenheiten gebe, die sich besser zur Selbstverwaltung eigneten, während andere wieder geeigneter zu Auftragsangelegenheiten erscheinen. Diese Tatsache kann auch dazu beitragen, in Zweifelsfällen festzustellen, welche Art Angelegenheit vorliegt. Denn ebenso wie diese Tatsache de lege ferenda den Gesetzgeber bestimmen kann, die Angelegenheit in den einen oder andern Kreis zu verweisen, kann sie auch de lege lata herangezogen werden, um zu klären, welche Art Angelegenheit vorliegt, da auch der Gesetzgeber im Zweifel auf die Natur der Sache Rücksicht genommen hat.

Wenn der Staat ein über das Gebiet und die Kräfte einer Gemeinde hinausgehende, ihn selbst unmittelbar berührende Angelegenheit den Gemeinden überträgt und sie dabei in einer für die Gemeinden sehr einschneidenden Weise regelt, so ist nicht anzunehmen, daß er eine solche Angelegenheit der Gemeinde als Selbstverwaltungsangelegenheit hat übertragen wollen. Ich bin daher der Ansicht, daß in Zweifelsfällen, in denen einerseits gewisse gesetzliche Bestimmungen die Annahme einer Selbstverwaltungsangelegenheit bedenklich erscheinen lassen, andrerseits aber auch das Vorliegen einer Auftragsangelegenheit nicht klar ausgesprochen ist, auf die Natur der Angelegenheit zurückzugehen ist und bei überwiegend staat-

lichem Charakter und Interesse die Entscheidung dahin zu lauten hat, daß eine Auftragsangelegenheit vorliegt.

Zur Klärung dieser Natur der Sache ist auch ein Kriterium heranzuziehen, das das Oberverwaltungsgericht[47] hervorgehoben hat. Dieses steht auf dem Standpunkte, daß Verwaltungsaufgaben, die intensive Eingriffe in die rechtlich garantierte Freiheitssphäre des Staatsbürgers mit sich bringen, dadurch eben schon als Auftragsangelegenheiten charakterisiert seien und somit dem Staate bei diesen, seine Staatsbürger hart treffenden Verwaltungsakten das straffe Anweisungsrecht und die weitgehenden Aufsichtsbefugnisse gesichert bleiben. Es ist richtig, aus der Intensität des Eingriffes in die rechtlich garantierte Freiheitssphäre Rückschlüsse auf den Charakter der betreffenden Aufgabe (ob Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit) zu ziehen. Man darf aber nicht übersehen — die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes spricht das nicht aus —, daß der Staat, etwa in einem großen Vertrauen zur Selbstverwaltung, auch derartige Aufgaben den Gemeinden zur Selbstverwaltung übertragen kann, daß dieses Kriterium nur subsidiär, d. h. in jenen Zweifelsfällen heranzuziehen ist, wenn eben die gesetzlichen Bestimmungen nicht klar erkennen lassen, welche Art von Angelegenheit vorliegt.

M. E. hat also eine Untersuchung, ob eine Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit vorliegt, auf folgendem Wege zu erfolgen:

Zuerst ist zu suchen, ob das Gesetz die Angelegenheit namentlich als Angelegenheit der einen oder andern Art bezeichnet. Ist das nicht der Fall, so ist das Gesetz weiterhin darauf zu untersuchen, ob es dem Staat ein Anweisungsrecht vorbehält oder aberkennt. Ist auch das nicht der Fall, so ist das Gesetz daraufhin durchzugehen, ob sich in ihm Bestimmungen finden, die gerade für die eine Art von Angelegen-

[47] OVG. 72, 78.

heiten charakteristisch sind und deren Vorhandensein darauf hinweist, daß auch der Gesetzgeber die Aufgabe sich als Angelegenheit der einen oder andern Art vorgestellt hat. Finden sich hierbei Bestimmungen, die zwar einerseits die Annahme einer Selbstverwaltungsangelegenheit bedenklich erscheinen lassen, andrerseits aber das Vorliegen einer Auftragsangelegenheit auch nicht zweifellos erkennen lassen, so ist auf die Natur der Sache zurückzugehen, die wiederum in der „Intensität des Eingriffes in die rechtlich garantierte Freiheitssphäre des Staatsbürgers" ihren besonderen Ausdruck finden kann.

Lebenslauf.

Ich, der Unterzeichnete, Bernhard Ruſſell, bin am 4. Oktober 1902 in Hagen i. W. als Sohn des damaligen Staatsanwalts Dr. Karl Ruſſell und ſeiner Ehefrau Mathilde, geb. Schlichter geboren. Ich bin katholiſcher Konfeſſion.

Die Volksſchule beſuchte ich zu Recklinghauſen i. W. und Buer i. W., alsdann die Gymnaſien zu Buer i. W. und Koblenz a. Rh. Dort beſtand ich Oſtern 1922 an dem Kaiſerin Auguſta-Gymnaſium die Reifeprüfung.

Alsdann widmete ich mich dem juriſtiſchen Studium und zwar während des Sommerſemeſters 1922 und des Winterſemeſters 1922/23 an der Univerſität zu Freiburg i. Br., während des Sommerſemeſters 1923 und des Winterſemeſters 1923/24 an der Univerſität zu München, während des Sommerſemeſters 1924 an der Univerſität zu Münſter i. W. und ſchließlich während des Winterſemeſters 1924/25 an der Univerſität zu Bonn.

Die mündliche Promotionsprüfung fand am 22. Februar 1927 ſtatt. Das Thema der Aufgabe war mir geſtellt von Herrn Profeſſor Dr. Karl Schmitt, jetzt in Berlin.

Bernhard Ruſſell.